

Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi *de lege ferenda*

Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Definicja przedsiębiorcy a odesłanie do usług użyteczności publicznej
- III. Porozumienia antykonkurencyjne
 1. Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży (RPM)
 2. Skrócenie treści klauzuli generalnej zakazu porozumień antykonkurencyjnych oraz katalogu przykładów takich porozumień
- IV. Nadużywanie pozycji dominującej
 1. Postulat rekonstrukcji domniemania posiadania pozycji dominującej
 2. Czy zwrot „skuteczna” konkurencja jest potrzebny w art. 4 pkt 10 zd. 1 uokik?
 3. Modyfikacja art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik
 4. Czy zasadnym jest nadanie ustawowego charakteru przesłance obiektywnego uzasadnienia dla zachowania dominanta?
 5. Przeredagowanie art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik
 6. Czy należy zrezygnować z przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści?
- V. Zbiorowe interesy konsumentów
- VI. Kontrola koncentracji przedsiębiorców
- VII. Uwagi końcowe

Streszczenie

Niniejsze opracowanie zawiera ocenę wybranych unormowań materialnego prawa konkurencji pod kątem zasadności ich modyfikacji *de lege ferenda*. Zawarte w artykule propozycje mają charakter zmian zarówno o charakterze językowym lub konstrukcyjnym, jak i postulujące wprowadzenie nowych rozwiązań prawnych (np. w odniesieniu do antymonopolowej kwalifikacji wertykalnego ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży). Zasadniczy nacisk położony został na instytucję nadużywania pozycji dominującej oraz zakaz porozumień antykonkurencyjnych.

Słowa kluczowe: pojęcie przedsiębiorcy; minimalne ceny odsprzedaży; klauzula generalna zakazu porozumień antykonkurencyjnych; definicja pozycji dominującej; obiektywne uzasadnienie.

* Doktor hab. Profesor Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; e-mail: kohutek@gmx.net.

I. Uwagi wprowadzające

Wprowadzanie zmian w materialnoprawnych unormowaniach prawa antymonopolowego (tzw. reguł konkurencji) jest bardziej problematyczne niż w przypadku modyfikacji reguł proceduralnych. Dzieje tak w szczególności z dwóch powodów natury faktycznej oraz prawnej. Po pierwsze, reguły materialne bezpośrednio oddziałują na zachowania rynkowe przedsiębiorców; dlatego też ich zmiany nierzadko mogą wymagać od ich adresatów modyfikacji codziennych praktyk biznesowych (w tym strategii), treści zawartych kontraktów itp. Dostosowanie się do nowych rozwiązań materialnych może być więc procesem bardziej wymagającym i skomplikowanym niż „adaptacja” znowelizowanych procedur. Po drugie, swoboda krajowych ustawodawców w zakresie możliwości zmian ich narodowych reguł konkurencji jest ograniczona przez przepisy prawa unijnego (co odnosi się zwłaszcza do zakazu porozumień antykonkurencyjnych¹). Przede wszystkim ten drugi powód stanowi zasadniczą przeszkodę w możliwości wprowadzania obszernych – w tym daleko idących – zmian krajowych przepisów w obszarze materialnego prawa konkurencji. W związku z tym nie może dziwić fakt, iż nowelizacja polskiej ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. wprowadziła zmiany w zasadzie² wyłącznie w wymiarze proceduralnym (w tym obejmującym reguły nakładania oraz wymiaru kar). Na ustanawianie nawet istotnych zmian w krajowych przepisach dotyczących postępowań antymonopolowych oraz sądowej kontroli rozstrzygnięć Prezesa UOKiK dozwala nadto – wyraźnie potwierdzona w unijnej judykaturze – zasada autonomii proceduralnej³. Z kolei system oraz konstrukcja normatywna reguł konkurencji, jakie obowiązują w krajowych porządkach prawa konkurencji, opiera się na treści art. 101 i 102 TFUE (nieradko stanowiąc jego wierne odwzorowanie).

Istnienie swego rodzaju **unijnego gorsetu normatywnego** ogranicza możliwości istotnych (systemowych) modyfikacji w zakresie zakazów ustanowionych w art. 6–9 uokik. Oczywiście nie wyklucza to możliwości wprowadzenia zmian o charakterze uzupełniającym, precyzującym (w tym usuwającym niespójności) czy też eliminującym wadliwe (w tym zweryfikowane przez praktykę) rozwiązania zawarte w krajowej ustawie. W każdym zaś przypadku – zatem niezależnie od „unijnych limitów” – możliwa (a nawet pożądana) jest dyskusja oraz refleksja nad efektywnością materialnych reguł prawa konkurencji, czyli także tych, których treść jest już od prawie 60 lat niezmienna (tj. obecny art. 101 i 102 TFUE). W końcu żaden przepis, nawet ten długowieczny i niejako zakorzeniony w tradycji normatywnej nie jest „nietykalny” (w szczególności w razie istnienia merytorycznych powodów przemawiających za jego jakościową korektą).

II. Definicja przedsiębiorcy a odesłanie do usług użyteczności publicznej

Refleksji wymaga konstrukcja definicji legalnej przedsiębiorcy w zakresie, w jakim odnosi się do podmiotów nieprowadzących działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 lit. a uokik). Przepis ten

¹ Krajowe reguły w tej materii nie mogą być bardziej restrykcyjne niż rozwiązanie przewidziane w art. 101 TFUE (zob. art. 3 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu). Państwa członkowskie mają możliwość przyjmowania i stosowania na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych dotyczących unilateralnych zachowań przedsiębiorców (w tym zwłaszcza tych posiadających pozycję dominującą); art. 3 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

² Do nielicznych wyjątków w tej materii należy choćby nadanie nowej treści art. 7 ust. 2 uokik poprzez wprowadzenie tzw. czasowych granic tolerancji obowiązywania przywileju *de minimis* w przypadku nieznacznego przekroczenia przez udział rynkowy stron porozumienia ustawowych progów; szerzej o wspomnianej regule czasowej tolerancji, zob. np. K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, Lex Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 305–307.

³ Zob. np. pkt 64 wyr. Trybunału z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie C-439/08 *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC)*, Zb. Orz. 2010 I–12471.

obejmuje takie jednostki, które „organizują lub świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej”. Tym samym dla uznania danego podmiotu jako przedsiębiorcy konieczne jest stwierdzenie, iż świadczone (organizowane) przezeń usługi (niebędące zarazem działalnością gospodarczą) są usługami użyteczności publicznej. Ustawa antymonopolowa nie definiuje tego pojęcia. Judykatura stosunkowo często się do niego odnosiła, nadając mu szerokie znaczenie⁴, jakkolwiek nie ma w tej materii ujednoliconej (spójnej) linii orzeczniczej (zob. też niżej).

Wątpliwości natury „legislacyjnej” mogą – w związku z treścią art. 4 pkt 1 lit. a uokik – rodzić się w szczególności na tle interpretacji tego przepisu, jaka przyjęta została przez Sąd Najwyższy w jednym z nowszych wyroków. Sąd ów poszedł w kierunku zawężającego rozumienia pojęcia usługi użyteczności publicznej, nakazując przedmiotowe usługi ograniczać do tych wiążących się „z zaspokajaniem takich potrzeb ludności, które powinny być zaspokojone we współczesnym państwie, ponieważ są to potrzeby elementarne w dzisiejszych warunkach cywilizacyjno-kulturowych oraz społeczno-gospodarczych”⁵. W konkluzji sąd ów wywiódł, iż – w związku z art. 4 pkt 1 lit. a uokik – ustawa antymonopolowa swym zakresem nie obejmuje każdej działalności Skarbu Państwa oraz jednostek budżetowych, nawet jeśli działalność ta jest „relewantna rynkowo”. Choć zwrot ów nie jest jednoznaczny, to jednak jego brzmienie świadczy, a co najmniej sugeruje, iż chodzi o taką działalność danej jednostki, która może mieć wpływ na funkcjonowanie określonego rynku (i z tego względu jest „rynkowo relewantna”); w związku z tym dana działalność może zarazem (choćby pośrednio) oddziaływać na panujące na danym rynku warunki konkurencji. Jednakże – jak to wynika z interpretacji SN – mimo odznaczania się taką cechą, dana działalność nie jest objęta kontrolą antymonopolową⁶ (z tego powodu, iż działalność ta nie będzie się mieścić w ramach pojęciowych działalności/usługi użyteczności publicznej). Z językowego punktu widzenia taka wykładnia art. 4 pkt 1 lit. a uokik jest zarazem dopuszczalna, gdyż treść tego przepisu wyraźnie odnosi się do usług użyteczności publicznej; tym samym konstatacja, iż określona działalność danego podmiotu nie mieści się w pojęciu takiej usługi (nie będąc zarazem działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 2 usdg) uprawnia przyjęcie, iż podmiot ją wykonujący nie jest przedsiębiorcą. W takim jednak wypadku dyskusyjne staje się czy wskazana wykładnia jest funkcjonalnie spójna z zasadniczym celem ustawy antymonopolowej, tj. zapobieganiem (zwalczaniem) zakłóceń konkurencji niezależnie od statusu formalno-organizacyjnego i/lub mająkowego podmiotu, którego zachowania takie zakłócenia wywołują lub mogą wywoływać⁷. W doktrynie nie ma wątpliwości, iż intencją ustawodawcy, konstruującego szeroką definicję przedsiębiorcy było objęcie reżimem antymonopolowym działalności wszystkich podmiotów, o ile tylko działalność ma (lub może mieć) wpływ na rynek i tym samym konkurencję⁸. Z punktu widzenia legislacyjnego można by się więc zastanowić czy konieczne jest odwoływanie się do pojęcia „usługi użyteczności publicznej” w art. 4 pkt 1 lit. a uokik. Tym bardziej, że interpretacja tego pojęcia – zwłaszcza po wydaniu powoła-

⁴ Zob. np. wyr. SOKiK z 1 grudnia 2004 r., XVII Ama 70/03, Wokanda 2005, Nr 11, s. 53; wyr. SOKiK z 20 marca 2008 r., XVII Ama 78/07 (niepubl.), wyr. SN z dnia 9 marca 2006 r., I CSK 135/05, OSNC 2006, nr 12, poz. 205; wyr. SN z dnia 3 września 2009 r. III SK 9/09.

⁵ Wyr. SN z dnia 15 października 2014 r. III SK 61/13.

⁶ Zob. K. Kohutek, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2014 r. III SK 61/13*, Lex 2014.

⁷ Zob. też dyskusję nad zasadnością stosowania reżimu antymonopolowego (w tym jego niewyłączenia) w stosunku do NFZ i ZUS zawartą w artykule autorstwa M. Kolańskińskiego, *Stosowanie prawa konkurencji w odniesieniu do działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego – różnice w polskim i unijnym podejściu*, iKAR 2014, nr 6(3), s. 38–51.

⁸ Zob. G. Materna [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 73 oraz cyt. tam literatura; E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 79; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 121.

nego wyroku przez SN – nie jest jednolita⁹, co może utrudniać ustalenie czy dany podmiot jest, czy też nie jest przedsiębiorcą.

Warto w tym kontekście dodać, iż w niektórych innych krajowych ustawach antymonopolowych zawarto bardziej ogólne („pojemne”) konstrukcje definicyjne dotyczące ich podmiotowego zakresu zastosowania¹⁰, gdyż nie odwołujące się do pojęcia „usługi użyteczności publicznej” (lub podobnej).

III. Porozumienia antykonkurencyjne

1. Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży (RPM)

Przemyslenia wymaga prawo porozumień wertykalnych, w szczególności rozwiązania dotyczące ustalania cen odsprzedaży towarów i/lub usług: RPM (*Resale Price Maintenance*). Nie ma, a przynajmniej nie powinny zachodzić wątpliwości, iż tego rodzaju praktyki mogą (w zależności od okoliczności rynkowych) wywoływać na rynku różne skutki, tj. antykonkurencyjne lub prokonkurencyjne lub też mające znikomy (negatywny czy pozytywny) wpływ na konkurencję, jaka ma być chroniona w interesie publicznym. W tym zakresie (zwłaszcza zagraniczna, ale także krajowa) doktryna prawa i ekonomii konkurencji zawiera liczne opracowania potwierdzające zasadność (prawdziwość) powyższej tezy¹¹.

W związku z tym nie można aprobować prawidłowości analogicznego klasyfikowania wszystkich wertykalnych porozumień ustalających minimalne (sztywne) ceny odsprzedaży. Porozumienia te – tak jak horyzontalne porozumienia cenowe, podziałowe czy też zmony przetargowe – kwalifikowane są jako mające na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokik. Takiej kwalifikacji dokonał Sąd Najwyższy¹². Również w doktrynie można się spotkać ze stanowiskiem opowiadającym się za zaliczeniem RPM do katalogu porozumień zakazanych ze względu na cel¹³; jakkolwiek prezentowane są także poglądy odmienne¹⁴.

Przyjęcie, że dane porozumienie jest zakazane ze względu na cel w praktyce oznacza podleganie zakazowi *per se*¹⁵. Taka reguła nie jest prawidłowa, generuje bowiem wysokie ryzyko

⁹ Zdaniem SN, usługi użyteczności publicznej to usługi, „które związane są z zaspokajaniem takich potrzeb ludności, które powinny być zaspokojone we współczesnym państwie, ponieważ są to potrzeby elementarne w dzisiejszych warunkach cywilizacyjno-kulturowych oraz społeczno-gospodarczych”. Można mieć wątpliwości czy status tego rodzaju „elementarnej usługi” w społeczeństwie ma np. udostępnianie urządzeń obsługi żeglugi rzecznej, a tym bardziej organizacja i realizacja współzawodnictwa sportowego i nadawania klubom sportowym licencji. Takie usługi zostały zaś w dotychczasowym orzecznictwie uznane za mające status „usługi użyteczności publicznej” w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a uokik; zob. wyr. SOKIK z dnia 16 listopada 2005 r. XVII Ama 97/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. nr 1, poz. 106 oraz wyr. SA w W-wie z dnia 4 grudnia 2007 r. VI ACa 848/07, Legalis.

¹⁰ Zob. np. art. 2 czeskiej ustawy z dnia 4 kwietnia 2001 r. o ochronie konkurencji, który przez pojęcie „przedsiębiorców” rozumie osoby fizyczne lub osoby prawne (...), o ile uczestniczą w konkurencji lub też ich działalność może mieć wpływ na konkurencję, nawet jeśli nie prowadzą działalności gospodarczej; zob. też np. §2 ust. 2 estońskiej ustawy z dnia 5 czerwca 2001 r. dotyczącej konkurencji, który stanowi, iż jej przepisy odnoszące się do przedsiębiorców znajdują także zastosowanie do jednostek rządowych lub lokalnych, osób prawnych prawa publicznego oraz innych osób wykonujących zadania publiczne (administracyjne), pod warunkiem, iż uczestniczą w rynku.

¹¹ Zob. G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, University of Oxford, Oxford 2011, s. 314–318; *Resale Price Maintenance* 2008, DAF/COMP(2008)37, publikacja OECD, s. 10–11. Pobrano z: www.oecd.org; B.Y. Orbach, *Antitrust vertical myopia: the allure of high prices*, „Arizona Law Review” 2008, No. (50), s. 267–287; T.A. Lambert, *Dr. Miles is Dead. Now What?: Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance*, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2008-25, s. 4–18; A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, RPEiS 2011, z. 4, s. 72–74; D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, iKAR 2013, nr 3, s. 15–18.

¹² Zob. zwłaszcza wyr. SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012, nr 21–22, poz. 276 (sprawa *Röben Ceramika Budowlana*).

¹³ Tak np. A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, iKAR 2012, nr 1(1), s. 15.

¹⁴ Zob. np. Ł. Grzejdziak, *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczanie wolności gospodarczej?*, [w:] W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2009, s. 133; J. Fidała, *Narzućcie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych*, iKAR 2012, nr 3, s. 42.

¹⁵ W szczególności z uwagi na wysokie trudności dowodowe w wykazaniu (przez przedsiębiorcę – zob. art. 8 ust. 2 uokik) przesłanek zastosowania indywidualnego wyłączenia RPM z zakazu (art. 8 ust. 1 uokik). Jak dotychczas ani w polskiej, ani w unijnej praktyce nie odnotowano przypadku skutecznego zastosowania art. 8 ust. 1 uokik/art. 101 ust. 3 TFUE w odniesieniu do „legalizacji” wertykalnego ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży.

fałszywych pozytywów, czyli antymonopolowych ingerencji w porozumienia, które nie ograniczają konkurencji za szkodą dla konsumentów (zatem nie naruszają interesu publicznego, o jakim mowa w art. 1 ust. 1 uokik¹⁶). Uznanie, że porozumienie jest zakazane ze względu na cel zwalnia organ antymonopolowy z obowiązku udowadniania antykonkurencyjnych skutków danego porozumienia; te zaś w (wystarczająco licznych) przypadkach nie występują w przypadku RPM (jak np. w odniesieniu do RPM stosowanych w ramach systemu franczyzy usługowej¹⁷). W odniesieniu do aktualnych rozwiązań dotyczących RPM nie jest spełniona swego rodzaju meta-reguła uzasadniająca prawidłowość obowiązywania reguły zakazu *per se*, czyli założenie, iż dana praktyka zawsze (tj. w każdych okolicznościach rynkowych) lub prawie zawsze powoduje antykonkurencyjne skutki¹⁸. Przede wszystkim z tego powodu – tj. występowania (ekonomicznego potencjału występowania) także prokonkurencyjnych skutków RPM – kilka lat temu w amerykańskim prawie antytrustowym zmieniono podejście do oceny takich praktyk z reguły zakazu *per se* na regułę rozsądku¹⁹.

Wprawdzie obowiązywanie w prawie polskim (także unijnym) wskazanej wyższej (zbyt) restrykcyjnej reguły w stosunku do RPM nie wynika z treści określonego przepisu prawa, lecz przede wszystkim z (nieprawidłowej) interpretacji art. 6 ust. 1 uokik; ta zaś mogłaby zostać zmieniona, czyniąc interwencję ustawodawczą niekonieczną²⁰. Niezależnie od tego **rekomendować należy – co najmniej podjęcie dyskusji – nad złagodzeniem antymonopolowego reżimu dotyczącego RPM.**

Do rozważenia są w szczególności dwie (alternatywne lub koniunktywne) rozwiązania, tj. po pierwsze, objęcie RPM jako całej kategorii zakresem zastosowania reguły *de minimis*²¹ i/lub po drugie, skonstruowanie przesłanek pozwalających na odróżnienie RPM antykonkurencyjnych od tych nieograniczających konkurencji (zrestrukturyzowana reguła rozsądku), a ściślej przesłanek pozwalających na ustalanie jakie RPM należy prawidłowo klasyfikować jako te zakazane ze względu na cel, a jakie ze względu na skutek (w tym drugim wypadku konieczne więc będzie dokonanie analizy *ad casum*).

W kontekście poszerzenia zakresu zastosowania reguły *de minimis* warto wskazać, iż w nowym zawiadomieniu *de minimis*²² Komisja wprost wskazuje, że (m.in.) w razie braku przekroczenia progu 5% przez łączny udział stron porozumienia²³, porozumienia te „zwykle nie wchodzą w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 Traktatu, nawet jeśli mają na celu zapobieganie, ograniczanie lub

¹⁶ Zob. też wyr. SN z dnia 14 maja 2014 r., III SK 44/13; z wyr. tego wynika, iż nie wszystkie przypadki wertykalnego ustalania cen odsprzedaży naruszają interes publiczny; zob. szerzej, K. Kohutek, *RPM nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży? Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13*, iKAR 2014, nr 6(3), s. 118–122.

¹⁷ Czemu wszak przeczy decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. Nr DOK-1/2013 w sprawie Sfinks; zawarte w niej argumenty oraz wysoce formalistyczna metodyka antymonopolowej oceny ujednolicania cen posiłków oferowanych w restauracjach prowadzonych (także w ramach franczyzy) pod marką Sphinx budzi poważne zastrzeżenia; szerzej o krytyce tej decyzji, zob. K. Kohutek, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13*, Lex 2014.

¹⁸ Szerzej na temat tej meta reguły – jej systemowym uzasadnieniu oraz przykładach prawidłowego zastosowania, zob. np. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 197–202.

¹⁹ Wyr. Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (*Supreme Court of the United States*) z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

²⁰ W szczególności w drodze podważających ją wyroków Sądu Najwyższego kreujących nową – linię orzecniczą wyznaczającą ramy analityczne, prawidłowego – tj. bardziej zindywidualizowanego (zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 272) – podejścia w stosowaniu zakazu z art. 6 ust. 1 uokik do RPM.

²¹ Taki postulat *de lege ferenda* został już wyrażony w polskim piśmiennictwie; zob. np. A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży...*, s. 86–87.

²² Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*) (2014/C 291/01).

²³ Zob. zwłaszcza pkt 53 wytycznych Komisji dotyczących pojęcia wpływu w rozumieniu art. 81 i 82 Traktatu (2004/C 101/07).

zakłócanie konkurencji”²⁴. Z kolei w odniesieniu do wspomnianego wyżej postulatu konstruowania przesłanek ewaluacji RPM pomocne mogą być okoliczności, jakie wypracowano w sprawie *Leegin* (tzw. *Leegin factors*)²⁵. Chodzi tu o takie przypadki (przesłanki), jak po pierwsze, brak stosowania RPM przez dostawców na znaczącej części rynku; po drugie, brak inicjowania RPM przez dystrybutorów (antykonkurencyjny charakter RPM jest bardziej prawdopodobny, gdy jest ono inicjowane przez detalistów-dystrybutorów – podobne stanowisko prezentuje także Komisja²⁶ – oraz po trzecie, brak posiadania przez dostawcę lub dystrybutora pozycji dominującej. Udowodnienie (także przez przedsiębiorcę²⁷), iż przypadki te wystąpiły łącznie mogłoby (powinno?) determinować brak naruszenia przez RPM zakazu z art. 6 ust. 1 uokik lub przynajmniej brak zasadności klasyfikacji RPM jako zakazanego ze względu na cel w rozumieniu tego przepisu²⁸. W ramach oceny RPM istotne znaczenie może mieć także bardziej generalne ustalenie, a mianowicie czy przedmiotem porozumienia są markowe produkty (*branded goods*); w takim bowiem wypadku obiektywnie występuje (z pewnością może występować) potrzeba ochrony marki dostawcy za pomocą RPM²⁹.

2. Skrócenie treści klauzuli generalnej zakazu porozumień antykonkurencyjnych oraz katalogu przykładów takich porozumień

Przedmiotem dyskusji można uczynić skrócenie treści przepisu ustanawiającego zakaz porozumień antykonkurencyjnych, przy czym chodziłoby tu zarówno o samą klauzulę generalną³⁰, jak i o katalog przykładów porozumień mogących naruszać ów zakaz³¹.

Ze wspomnianej klauzuli wynika, iż porozumienie antykonkurencyjne – stąd *ex lege* zakazane – to takie, którego celem lub skutkiem jest „wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym”. Do rozważania jest usunięcie z jej treści takich zwrotów, jak „wyeliminowanie” oraz „naruszenie w inny sposób” jako mających określać negatywny wpływ porozumienia na konkurencję. Za taką modyfikacją przemawiać mogą następujące względy.

Po pierwsze – z zastrzeżeniem przypadku z art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik³² – w pozostałych przepisach ustawy mowa jest tylko o ograniczaniu konkurencji. Ponadto także w doktrynie i orzecznictwie powszechnie używa się takiego terminu – jak choćby na określenie wynikającej z art. 6 ust. 1 uokik dystynkcji – na porozumienia zakazane ze względu na cel oraz te zakazane ze względu na skutek – „tylko” – ograniczający konkurencję³³. Po drugie, pojęcie ograniczenia konkurencji swym zakresem przedmiotowym obejmuje również stan „wyeliminowania” konkurencji stanowiący

²⁴ Zob. pkt 4 *in fine* zawiadomienia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*) (2014/C 291/01).

²⁵ Zob. też; T.A. Lambert, *Dr. Miles is Dead. Now What?*..., s. 29–30; zob. też S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurements*, Sweet & Maxwell, London 2010, s. 203.

²⁶ Komisja, stwierdzając, iż RPM „może jednak nie tylko ograniczać konkurencję, ale także, w szczególności gdy jego motorem jest dostawca, może prowadzić do wzrostu efektywności”; pkt 225 *in principio* wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01); Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010, s. 1.

²⁷ Co wydaje się w praktyce łatwiejsze – w ogóle realne – niż wykazanie przez przedsiębiorcę łącznego spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 8 ust. 1 uokik.

²⁸ Wówczas uznanie, że RPM objęty jest reżimem z art. 6 ust. 1 uokik wymagałoby od prezesa UOKiK udowodnienia, że praktyka ta wywołuje antykonkurencyjne (tj. negatywne dla konsumentów) skutki.

²⁹ W doktrynie antytrustowej podkreśla się, że cechą wspólną wszelkich argumentów – „legitymowanych wyjaśnień” (*legitimate explanations*) dla stosowania RPM jest to, iż dotyczą one tylko produktów markowych; B.Y. Orbach, *Antitrust vertical myopia*..., s. 287. Autor ów zauważa, zarazem, iż na rynkach niemarkowych produktów (*non-branded goods*), zazwyczaj najbardziej prawdopodobnym uzasadnieniem dla stosowania RPM jest zмова na poziomie dostawców lub detalistów.

³⁰ Art. 6 ust. 1 zd. 1 uokik.

³¹ Art. 6 ust. 1 pkt 1–7 uokik.

³² Przepis ten jako czwartą przesłankę tzw. indywidualnego wyłączenia spod zakazu z art. 6 ust. 1 uokik wymaga, aby dane porozumienie nie stwarzało przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

³³ Zatem już bez dodawania, iż chodzi także o skutek eliminujący czy też w inny sposób naruszający konkurencję.

przejaw najdalej idącej ingerencji w konkurencję przez dane porozumienie³⁴; trudno jednoznacznie stwierdzić, czy jest ono pojęciem szerszym czy też węższym od terminu „naruszenie” konkurencji, jakkolwiek znaczenie tego drugiego jest niejasne, bądź też definiowane w sposób dyskusyjny³⁵. Po trzecie wreszcie, z praktycznego punktu widzenia – tj. na potrzeby ustalenia, że w danym wypadku doszło do naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 uokik – nie ma znaczenia czy stwierdzi się, że dane porozumienie eliminuje, ogranicza, czy też w inny sposób narusza konkurencję na rynku³⁶. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK (jak i orzecznictwo) powszechnie używa zaś terminu „ograniczenie” konkurencji – który w doktrynie postrzega się jako „pojęcie podstawowe” w art. 6 ust. 1 uokik³⁷.

Art. 6 ust. 1 pkt 1–7 uokik przewiduje listę przykładów zachowań stanowiących (mogących stanowić) przejaw zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego. Celem zamieszczenia przez ustawę określonego katalogu zachowań jest przede wszystkim zwiększenie pewności prawnej po stronie adresatów danego przepisu (tym bardziej gdy przewiduje on określony zakaz³⁸) poprzez ułatwienie przedsiębiorcom identyfikacji zachowań (w danym wypadku porozumień), których zawarcie może stanowić naruszenie danego zakazu. Powyższego nie podważa fakt jedynie otwartego katalogu przykładów zachowań. Aby jednak dany katalog jak najlepiej pełnił swoją „informacyjną” funkcję, powinien on odpowiadać rzeczywistości, w tym sensie, iż powinien zawierać takie zachowania, które w obrocie gospodarczym faktycznie stanowią przejaw typowego naruszenia danego zakazu³⁹. W odniesieniu do naruszeń zakazu z art. 6 ust. 1 uokik (ale także art. 101 ust. 1 TFUE) znajduje to swe pełne potwierdzenie w odniesieniu do takich zachowań, jak kartele cenowe lub kontyngentowe⁴⁰, kartele podziałowe⁴¹, ograniczanie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom⁴², zmywy przetargowe⁴³. Takiego charakteru – typowego porozumienia antykonkurencyjnego⁴⁴ – nie ma ani porozumienia określone w art. 6 ust. 1 pkt 4 uokik (tzw. porozumienia dyskryminacyjne), ani w art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik (tzw. porozumienia wiązane). Owszem przypadki dyskryminacyjnego traktowania kontrahentów przez co najmniej dwóch przedsiębiorców występowały w praktyce (i to relatywnie nie tak rzadko); jednak w takich wypadkach najczęściej powoływanym przepisem („szczególnym”) był art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik, czyli ten opisujący porozumienia, które utrudniają dostęp do rynku. Odnośnie do porozumienia o sprzedaży związanej nie jest znany mi ani jeden przypadek, w jakim Prezes UOKiK kwestionowałby naruszenie art. 6 ust. 1

³⁴ Zob. np. A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 262 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 245.

³⁵ Tj. jako podejmowanie takich środków, które wprawdzie nie skutkują bezpośrednim ograniczeniem swobody działań rynkowych przedsiębiorstw, lecz prowadzą do sztucznej zmiany warunków konkurencji, w sposób kolidujący z chronionym przez prawo systemem niezakłóconej konkurencji na rynku; tak np. V. Emmerich [w:] U. Immenga, E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zur Europäischen Kartellrecht*, C.H. Beck, München 2007, s. 185. Ograniczenia konkurencji nie można postrzegać (definiować) przez pryzmat ograniczenia swobody działania stron porozumienia (zob. też pkt 97 wyroku Trybunału z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters i in. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Zb.Orz. 2002, s. I-1577).

³⁶ Przepisy te mają bowiem zastosowanie bez względu na sposób, w jaki dana praktyka oddziałuje na konkurencję; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 246.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Oraz gdy mogą występować przypadki, w których niejednoznaczne (problematiczne) jest ustalenie czy określone zachowanie (tu: porozumienie) stanowi naruszenie danego zakazu. Tak jest w odniesieniu do zakazu z art. 6 ust. 1 uokik.

³⁹ W przeciwnym razie nie tylko realizacja tej funkcji będzie ograniczona, co wręcz przepisów (konkretny – powołany w ramach danego przepisu – przykład określonego zachowania) może wprowadzać w błąd adresatów tego przepisu (zakazu) w przedmiocie zachowań, które obejmuje (zob. niżej).

⁴⁰ Art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik.

⁴¹ Art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik.

⁴² Art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik.

⁴³ Art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

⁴⁴ Zob. np. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 249 wskazujący, iż katalog ów jest otwarty obejmując wszak, „najbardziej typowe przykłady zakazanych zachowań” oraz cyt. tam decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2007 r. DOK-99/2007.

pkt 5 uokik. Także w komentarzach do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie pojawia się jakikolwiek przykład decyzji tego organu powołującego się na takie naruszenie⁴⁵. Pomijam zarazem zaczerpnięte z obrotu (orzecznictwa) przykłady sprzedaży wiązanej, które dotyczyły praktyk unilateralnych (jakkolwiek przytaczane w ramach komentarza do art. 6), czyli przypadki „wiązania” stosowanego przez dominanta (np. gminę)⁴⁶. Jest to więc przejaw naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 4 uokik, a nie art. 6 ust. 1 pkt 5 uokk.

Dotychczasowa praktyka (zarówno krajowa, jak i unijna) potwierdza, iż dyskryminacja partnerów handlowych, a zatem ograniczanie konkurencji na rynku niższego szczebla (*downstream*), jak również sprzedaż wiązana (w tym pakietowanie produktów) były „domeną” przedsiębiorców dominujących, stanowiąc przejaw zachowań jednostronnych. Na gruncie art. 6 uokik nie ma wątpliwości, iż chodzi w nim wyłącznie o takie praktyki, które stanowią przedmiot porozumienia (z konkurentem względnie dystrybutorem) – jakkolwiek nie z klientem/konsumentem – co zatem dotyczy także zachowań z art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokik.⁴⁷ Te dwa ostatnio powołane przepisy (a zwłaszcza art. 6 pkt 1 pkt 5 uokik) nie tylko więc nie oddają rzeczywistości rynkowej, lecz także mogą wprowadzać przedsiębiorców w błąd, sugerując, iż porozumieniem antykonkurencyjnym jest umowa, której zawarcie **każdy przedsiębiorca** uzależnia od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (tzw. indywidualna sprzedaż wiązana⁴⁸); tego rodzaju praktyka – o ile tylko nie jest stosowana przez dominanta – nie narusza ustawy antymonopolowej, a z zakazem porozumień antykonkurencyjnych z art. 6 ust. 1 zd.1 uokik objęta jest tylko wówczas, gdy stanowić będzie przedmiot uzgodnienia z innym przedsiębiorcą (jakkolwiek nie tym, który jest zainteresowany zawarciem umowy „wiążącej”), czyli zazwyczaj z konkurentem względnie z dystrybutorem.

Powyższe uwagi skłaniać mogą do rozważania wykreślenia z katalogu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 1–7 uokik zachowań określonych w art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokik, stanowiąc przejaw swego rodzaju dostosowywania treści przepisów prawa antymonopolowego do rzeczywistości rynkowej⁴⁹. Warto dodać, iż taka zmiana w żadnym wypadku nie oznaczałaby legalizacji przypadków stosowania „kolektywnej” sprzedaży wiązanej czy też dyskryminacji; zachowanie te nadal podlegałyby zakazowi jakkolwiek na gruncie klauzuli generalnej z art. 6 ust. 1 zd.1 uokik. Zamieszczenie wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokk praktyk w katalogu zachowań mających stanowić przejaw typowych naruszeń zakazu porozumień antykonkurencyjnych – w konfrontacji z rzeczywistością rynkową – nie tylko nie spełnia swej informacyjnej („wyjaśniającej”) funkcji, lecz także może jego

⁴⁵ Komentarz pod red. A. Stawickiego i E. Stawickiego (zob. pozycja cyt. w przyp. wyżej) w ogóle pomija skomentowanie porozumienia określonego w art. 6 ust. 1 pkt 4 uokik, co wobec nikomej doniosłości praktycznej tego przepisu niekoniecznie zasługuje na negatywną ocenę.

⁴⁶ Zob. np. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 211–212; A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 291.

⁴⁷ Zob. np. A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 291; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 211–212; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 280–282.

⁴⁸ Literalna wykładnia art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik potwierdza zasadność takiego zakresu zastosowania zakazu, jaki wynika z tego przepisu. Odczytując ów przepis łącznie z klauzulą generalną, dowiadujemy się, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, polegające na uzależnieniu zawarcia umowy (a zatem – zgodnie z art. 4 pkt 5a uokik – określonej formy porozumienia) od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

⁴⁹ W dacie uchwalania określonego aktu prawnego problematyczne może być przewidzenie jakie zachowania – niejako empirycznie – okażą się być najczęstszymi zachowaniami kolidującymi z danym przepisem (zakazem). Może to usprawiedliwiać – w istocie pracodawcę unijnego – który zdecydował się zamieścić w ówczesnym art. 85 EWG zachowania wskazanych w ust. 1 lit „d” i „e” tego przepisu („odpowiedniki art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokik). Przed blisko 60 laty można było nie przewidzieć, iż w praktyce rynkowej przypadki naruszeń zakazu porozumień antykonkurencyjnych poprzez dopuszczanie się zachowań opisanych w tych przepisach będą sporadycznie odnotowywane; to zaś pozbawia je statusu typowych naruszeń tego zakazu i tym samym zasadności ich „normatywnego wyróżnienia”.

adresatów wprowadzać w błąd (zwłaszcza tych mniej zorientowanych w prawie antymonopolowym) co do zakresu przedmiotowego ich legalnych zachowań (porozumień).

IV. Nadużywanie pozycji dominującej

1. Postulat rekonstrukcji domniemania posiadania pozycji dominującej

W ostatnich latach stosunkowo często przedmiotem dyskusji objęta jest kwestia prawidłowości przypisywania pozycji dominującej przedsiębiorcy. W szczególności w kontekście bardziej ekonomicznego podejścia w stosowaniu reguł konkurencji wątpliwości może budzić traktowanie przedsiębiorcy jako dominanta wyłącznie w oparciu o kryterium wielkości udziału w rynku. Tymczasem bywało tak, iż Prezes UOKiK ograniczał swą ocenę tylko do analizy tego kryterium oraz wyłącznie na jego podstawie uznawał, że dany przedsiębiorca taką pozycję posiada⁵⁰; w związku z tym nie było potrzeby sięgnięcia także do innych dowodów – okoliczności potwierdzających (wykluczających), iż dany przedsiębiorca może działać w istotnym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów⁵¹. Może bowiem zdarzać się tak, iż mimo posiadania wysokiego (a nawet bardzo wysokiego) udziału w rynku przez danego przedsiębiorcę nie należy przypisywać mu pozycji dominującej, gdyż (obiektywnie) nie dysponuje on wspomnianą (ekonomiczną) niezależnością⁵².

W związku z powyższym, rozważenia wymaga nie tyle usunięcie odniesienia się do progu udziału rynkowego⁵³ w art. 4 pkt 10 zd.2 uokik⁵⁴, ile **chociażby przekształcenie zawartego w przepisie tym domniemania z „pozytywnego” na „negatywne”**⁵⁵. To drugie oznacza domniemanie braku dominacji rynkowej w razie nieprzekroczenia przez udział w rynku progu 40%. Takie rozwiązanie deklaruje Komisja Europejska⁵⁶. Można się z nim spotkać także w niektórych przepisach prawa krajowego⁵⁷. W przypadku dokonania tego rodzaju rekonstrukcji omawianego domniemania, Prezes UOKiK – dla udowodnienia posiadania pozycji rynkowej przez przedsiębiorcę – nie mógłby już swej oceny ograniczyć do wskazania, że udział w rynku tego przedsiębiorcy przekracza próg 40%⁵⁸,

⁵⁰ Zob. np. a decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 stycznia 2014 r. nr DKK - 4/2014; decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 marca 2009 r. Nr RKR - 4/2009, decyzję Prezesa UOKiK z dnia 4 lipca 2012 r. nr DOK-4/2012.

⁵¹ Czego wyraźnie wymaga definicja legalna pozycji dominującej (art. 4 pkt 10 zd. 1 uokik).

⁵² Dobrze ilustruje to przypadek spółki Google, które nie tylko dysponuje (nie tylko w Polsce czy w UE) bardzo wysokim udziałem w rynku (wyszukiwarek internetowych), również lecz także na rynku tym występują bariery wejścia; mimo to nie należy temu przedsiębiorcy przypisywać pozycji dominującej (w rozumieniu prawa antymonopolowego) właśnie z uwagi na brak możliwości działania przezeń niezależnie od konsumentów i/lub konkurentów (a tym bardziej w znacznym stopniu niezależnie); szerzej o tym, zob. K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, EPS 2014, nr 10, s. 33–36; zob. też wyr. Sądu Apelacyjnego z 20.11.2008 r., VI ACa 704/08 (Dz. Urz. UOKiK 2009/2/16).

⁵³ Z racji braku determinującego (a tym bardziej wyłącznego) charakteru wielkości udziału rynkowego przy ocenie czy dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, niecelowe wydaje się zmienianie (w tym podwyższanie) progu, o jakim mowa w art. 4 pkt 10 zd. 2 uokik (mimo że np. w orzecznictwie unijnym próg ów wskazano na poziomie 50%). Jakkolwiek – przykładowo w prawie niemieckim (zatem obowiązującym na rynku krajowym, którego obszar jest o zbliżonej wielkości co Polska) – próg dominacji jest na jeszcze niższym poziomie, wynosząc 33,33%; zob. §19 pkt 3 niemieckiej ustawy o zwalczaniu ograniczeń konkurencji, który ustanawia domniemanie, iż przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku wynosi przynajmniej jedną trzecią.

⁵⁴ Przepis ten zwiększa bowiem pewność prawną. Uchylenie odniesienia się do udziału rynkowego mogłoby wywołać skutki odwrotne od zamierzonych, stwarzając po stronie przedsiębiorców obawę, że nawet mimo braku przekroczenia przez ich udział w rynku określonego poziomu, mogą zostać uznani za dominantów.

⁵⁵ Taka terminologia jest używana w doktrynie; zob. np. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 209.

⁵⁶ Zob. pkt 14 Komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE C 45 z 24.02.2009, s. 7).

⁵⁷ Zob. np. art. 10 ust. 3 czeskiej ustawy o ochronie konkurencji, zgodnie z którym – o ile nie zostanie dowiedzione inaczej, przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa o zbiorowej dominacji (*joint dominance*) powinny być uznawane za nieposiadające pozycji dominującej, jeżeli jego/ich udział w rynku właściwym osiągnięty w badanym okresie nie przekracza 40%.

⁵⁸ Wykazanie bowiem tej okoliczności oznaczałoby jedynie brak zastosowania swego rodzaju „bezpiecznego portu” (*safe harbour*), wedle którego nieprzekroczenie przez udział rynkowy przedsiębiorcy co do zasady „chronić” go będzie przed ingerencją antymonopolową na gruncie art. 9 uokik bez względu na to jakie zachowania rynkowe (unilateralnie) podejmuje na rynku.

a bezwzględnie powinien sięgnąć także do innych jakościowych dowodów (argumentów⁵⁹) świadczących o posiadaniu (lub o nieposiadaniu) takiej pozycji.

2. Czy zwrot „skuteczna” konkurencja jest potrzebny w art. 4 pkt 10 zd. 1 uokik?

Wątpliwości – zwłaszcza w kontekście spójności z innymi przepisami ustawy – może budzić użycie w definicji pozycji dominującej zwrotu „skuteczna” konkurencja⁶⁰. Jest to zarazem jedyny przepis ustawy, w którym takie sformułowanie się pojawia. We wszystkich innych unormowaniach ustawa odnosi się już wyłącznie do samej „konkurencji”, stanowiąc – najczęściej (zwłaszcza w przepisach materialno-prawnych) – o jej ograniczaniu, ale także o jej ochronie, eliminowaniu, rozwoju, przywracaniu. W przypadku zarówno zakazu porozumień antykonkurencyjnych, jak i kontroli koncentracji mowa jest o wyłączeniu o ograniczeniu konkurencji. Jednocześnie na gruncie tychże zakazów oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej (której immanentną częścią jest ustawowa definicja tej pozycji) tożsama jest wartość podlegająca ochronie w interesie publicznym. Posłużenie się jedynie w art. 4 pkt 10 uokik określeniem, iż chodzić ma o konkurencję „skuteczną” może sugerować, że jest inaczej.

Punkt odniesienia powinien w tym wypadku stanowić przepis **art. 1 ust. 1 uokik** – nie tylko dlatego, że ma charakter ogólny, lecz także z tego powodu, iż determinuje on cele (aksjologię) ustawy antymonopolowej (w tym sposób interpretowania istoty konkurencji, jaką ma ona chronić⁶¹). Artykuł 1 ust. 1 uokik stanowi, iż ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji, mając to czynić w interesie publicznym, bez odnoszenia się czy chodzić ma o konkurencję skuteczną (czy w jakikolwiek inny sposób „dookreśloną”). Co więcej, także w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik mowa jest o przeciwdziałaniu warunków niezbędnych do wstania bądź rozwoju konkurencji.

Genezy dyskutowanego zwrotu należy doszukiwać się we wzorowaniu się przez polskiego prawodawcę na konstrukcjach z prawa unijnego – jakkolwiek w danym przypadku – prawotwórczego orzecznictwa sądów unijnych. W wyroku w sprawie *United Brands*⁶² Trybunał wyjaśnił, jak należy rozumieć pojęcie pozycji dominującej w rozumieniu (obecnego) art. 102 TFUE, używając sformułowania „skuteczna konkurencja” (*effective competition*)⁶³. W danym wypadku takie „automatyczne przekalkowanie” treści rozwiązań unijnych nie jest jednak właściwe – tym bardziej że w przypadku prawa polskiego – chodzi o zamieszczenie danego zwrotu w samej ustawie, zatem akcie prawnym, który powinien odznaczać się wewnętrzną spójnością oraz językową konsekwencją w zakresie używanych sformułowań⁶⁴.

Z tego powodu – ale także przez wzgląd na zachowanie „pełnej spójności aksjologicznej” przepisów ustawy antymonopolowej – rozważyć należałoby usunięcie terminu „skuteczna” z art. 4 pkt 10 uokik. Warto dodać, iż polskie orzecznictwo bliżej nie zajmowało się interpretacją

⁵⁹ Zob. też J. Matuszczak-Piasta, *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, iKAR 2013, nr 5, s. 68–80.

⁶⁰ Zob. art. 4 pkt 10 *in principio* uokik. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem pozycji dominującej rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym (...).

⁶¹ Zob. np. D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 34–41; K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji (na tle praktyk rynkowych dominantów)*, PiP 2010, z. 7, s. 48–56.

⁶² Zob. pkt 65 wyr. Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Komisja*, Zb. Orz. 1978, s. 207.

⁶³ *The dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition (...)*; pkt 65 wyr. cyt. w przypisie powyżej.

⁶⁴ Takie ścisłe rygory (jak w przypadku standardów legislacyjnych) nie odnoszą się zaś do orzecznictwa sądowego, którego język może korzystać z „przywileju większej swobody” w formułowaniu wypowiedzi.

tego zwrotu jako swego rodzaju „szczególnego przypadku/rodzaju konkurencji”, w kontekście zarówno kwalifikowania danego przedsiębiorcy jako dominanta, jak i oceny jego zachowań jako nadużywania pozycji dominującej; dyskutowanemu zwrotowi nie można więc przypisywać określonego znaczenia analitycznego.

Prezentowany tu postulat nie podważa tezy, zgodnie z którą konkurencja, jaka powinna podlegać ochronie w interesie publicznym, jest to konkurencja skuteczna⁶⁵, czyli prowadząca do pożądaných skutków z punktu widzenia ekonomicznych interesów konsumentów. Z takiego założenia wychodzą także instytucje unijne (wskazując, iż celem także art. 101 TFUE jest ochrona „skutecznej konkurencji”⁶⁶), jakkolwiek już nie dając temu wyrazu w treści powołanego przepisu rangi traktatu (podobnie w art. 102 TFUE). Co prawda o „skutecznej konkurencji” (*effective competition*) stanowią przepisy rozporządzenia Rady WE nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Czy miałyby to oznaczać, że na gruncie kontroli koncentracji przedmiotem ochrony ma być inny aspekt konkurencji (np. jej struktura podmiotowa) niż w przypadku zakazu nadużywania pozycji dominującej?⁶⁷.

3. Modyfikacja art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik

Postulować należy zmianę treści art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik. **Przepis ten stwierdza, iż „nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na (...)”.** Zawiera zatem kategoryczne sformułowanie, które wskazuje (a z pewnością sugeruje), iż każdy z przykładów zachowań wymienionych w art. 9 ust. 2 pkt 1–7 uokik narusza ustawę antymonopolową, o ile tylko spełnione zostały przedmiotowe przesłanki danego zachowania („typu nadużycia”), czyli np. dominant dopuścił się zachowania określonego w art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik (stosowanie cen rażąco niskich) albo w art. 9 ust. 2 6 uokk (narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących dominantowi nieuzasadnione korzyści).

Jak to wynika z orzecznictwa, nie zawsze spełnienie przesłanek przedmiotowych danego typu zachowania determinuje jego kwalifikację jako nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 uokik z uwagi na brak naruszenia interesu publicznego⁶⁸. W niektórych przypadkach ingerencja tego organu jest zbędna, a nawet niedopuszczalna, gdyż zachowanie dominanta nie narusza tego interesu⁶⁹ (zob. art. 1 ust. 1 uokik). Tym samym nieprawidłowe jest postrzeganie

⁶⁵ Zob. też D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 29, 30 (oraz cyt. tam literaturę), którzy wskazują, iż „generalnie przyjmuje się, że przedmiotem „ochrony konkurencji” na podstawie polskiej ustawy antymonopolowej jest „skuteczna konkurencja”.

⁶⁶ Zob. pkt 47 obwieszczenia Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 97), w którym Komisja wskazuje, iż „celem art. 81 [obecnie art. 101] jest ochrona skutecznej konkurencji...” (*The purpose of Article 81 is to protect effective competition...*).

⁶⁷ W tym kontekście warto wskazać, iż za przejaw koncentracji, która nie tylko ogranicza konkurencję, lecz także ogranicza ją „istotnie” zarówno przepisy unijne, jak i krajowe (art. 18–20 uokik) uznają taką transakcję, której skutkiem jest powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej na rynku. Tymczasem na gruncie zakazu z art. 9 uokik (art. 102 TFUE) samo posiadanie takiej pozycji nie jest zakazane, gdyż w ogóle konkurencji nie ogranicza (a tym bardziej istotnie). Być może więc w świetle tego zakazu, który – podobnie jak zakaz z art. 6 ust. 1 uokik/art. 101 ust. 1 TFUE – nie przewiduje przesłanki „istotności” ograniczenia konkurencji, należałoby uznać, iż chodzi w nim o inny aspekt konkurencji, czyli tej mającej stanowić finalny przedmiot ochrony antymonopolowej (jako mechanizm funkcjonowania rynku przynoszącego pozytywne skutki dla konsumentów w wymiarze ekonomicznym) – tzw. konkurencja skutkowa (zob. np. D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 31; E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 27; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 46–47). Interes publiczny (art. 1 ust. 1 uokik) będzie bowiem naruszony już tylko w razie „zwykłego” (a tym bardziej istotnego) ograniczenia konkurencji skutkowej przez praktyki dominanta (art. 9 uokik), podczas gdy – w przypadku koncentracji przedsiębiorców – o takim naruszeniu można by mówić już w razie samego naruszenia samej konkurencji podmiotowej/strukturalnej, jakkolwiek pod warunkiem, iż chodzić będzie wyłącznie o naruszenie „istotne”. Propozycję takiej wykładni (zasadności) przesłanki „istotności” (ograniczenia konkurencji) z art. 18–20 uokik pozostawiam do dyskusji, jakkolwiek wydaje się ona tłumaczyć dlaczego w art. 9 uokik (ale także 6 uokik) ustawodawca nie używa już zwrotu „istotnego” ograniczenia konkurencji.

⁶⁸ Zob. np. wyr. Sądu Antymonopolowego z 20 V 2002, XVII Ama 91/01, Lex nr 55941, 29 Zob. wyr. Sądu Antymonopolowego z 22 V 2002, XVII Ama 55/01 cyt. za K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji...*, s. 51–54, a także zawarte tam uwagi na temat interpretacji interesu publicznego oraz selektywnej funkcji tej klauzuli (z art 1 ust 1 uokik) w kontekście zakazu nadużywania pozycji dominującej.

⁶⁹ Z nowszego orzecznictwa wynika wprost, iż naruszenie interesu publicznego stanowi jedną z koniecznych przesłanek stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej; zob. wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, OSNP 2014, nr 4, poz. 63 („ogólnymi przesłankami zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w aspekcie przedmiotowym są: występowanie pozycji dominującej na rynku właściwym; nadużycie tej pozycji na rynku właściwym; interes publiczny w interwencji Prezesa Urzędu [podkreślenie K.K.] oraz brak uzasadnienia dla zakwestionowanego zachowania”).

danego zachowania jako wspomnianego nadużycia (mimo że „przedmiotowo” spełnia przesłanki którejs z praktyk stypizowanych w art. 9 ust. 2 pkt 1–7 uokik, co w szczególności odnosi się do praktyk eksploatacyjnych, ale nie tylko⁷⁰).

Mając to na uwadze *de lege ferenda* wskazane jest – literalnie nieznaczne, lecz merytorycznie istotne – przeformułowanie zwrotu zawartego w art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik na stwierdzenie, iż „Nadużywanie pozycji dominującej może polegać w szczególności na...” (warto dodać, iż taką konstrukcję językową ma również art. 102 zd. 2 TFUE⁷¹). Postulat ów koresponduje także z – prawidłowym – podejściem w stosowaniu (także unijnego) zakazu nadużywania pozycji dominującej, zgodnie z którym na gruncie tego zakazu nie ma w zasadzie zachowań, które zawsze i w każdych okolicznościach rynkowych oznaczać będą jego naruszenie, tzw. nadużycia *per se* (*per se abuses*)⁷².

4. Czy zasadnym jest nadanie ustawowego charakteru przesłance obiektywnego uzasadnienia dla zachowania dominanta?

Kontynuując wątek „poprawy normatywnej jakości” przepisów dotyczących zakazu nadużywania pozycji dominującej rozważania wymaga wprowadzenie w samej ustawie **ogólnej przesłanki egzoneracyjnej w postaci np. klauzuli „obiektywnego uzasadnienia”** praktyk dominanta. Dopiero w razie braku istnienia (udowodnienia) takiego uzasadnienia dla kwestionowanego zachowania tego przedsiębiorcy, uprawnione będzie stwierdzenie naruszenia zakazu z art. 9 uokik. Mimo że formalnie zakaz ów jest bezwzględny, gdyż przepisy prawa nie przewidują jego wyłączenia (niestosowania) – jak ma to miejsce w przypadku zakazu porozumień antykonkurencyjnych⁷³ – to jednak w orzecznictwie Sądu Najwyższego powszechnie aprobuje się stanowisko, zgodnie z którym nie ma podstaw do przyjmowania naruszenia tego zakazu w razie wykazania (przez dominanta⁷⁴), że jego zachowanie jest (obiektywnie) uzasadnione⁷⁵. Uwzględnienie przesłanki obiektywnego uzasadnienia dla zachowania dominanta, które w przeciwnym razie – tj. w braku takiego uzasadnienia – stanowiłyby nadużycie pozycji dominującej nie powinno budzić wątpliwości, będąc przesłanką (aksjologicznie oraz funkcjonalnie) prawidłowego stosowania zakazu z art. 9 uokik. Należy jednak zauważyć, iż zarówno tę okoliczność, jak i fakt dość powszechnej akceptacji tej przesłanki w judykaturze Sądu Najwyższego⁷⁶ można odczytywać dwojako – albo jako argument *de lege ferenda*, przemawiający za nadaniem tej przesłance charakteru normatywnego przez zamieszczenie jej w samej treści ww. przepisu (jak to ma miejsce np. w prawie niemie-

⁷⁰ Przykładem może tu być np. praktyka tzw. *margin squeeze*, czyli jednego z przejawów stosowania ceny nieuczciwej (*unfair price*), zob. np. pkt 167 wyroku SPI z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 w sprawie Deutsche Telekom. *Margin squeeze* to wszak praktyka wykluczająca. Jak to wynika ze stanowiska Prezesa UOKiK, dla uznania ww. praktyki za nadużycie pozycji dokonującej konieczne jest nie tylko spełnienie niejako stricte przedmiotowych przesłanek tej praktyki, ale także wykazanie, że dominant praktykę tę stosuje w sposób trwały przez okres przynajmniej jednego roku; zob. Pismo UOKiK z dnia 26 czerwca 2012 r. (niepubl.) zamykające postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zasady hurtowej sprzedaży paliw w Polsce naruszają przepisy uokik (odpowiedź na zawiadomienie Polskiej Izby Paliw Płynnych).

⁷¹ Zgodnie z tym przepisem „nadużywanie takie może polegać w szczególności na...” (*such abuse may, in particular, consist in...*).

⁷² Zob. np. R. Whish, który trafnie zauważa, iż na gruncie zakazu nadużywania pozycji dominującej (w tym wypadku unijnego z art. 102 TFUE), nie powinny występować reguły nadużycia *per se* (*no per se rules under Article 82*); R. Whish, *Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford 2009, s. 197; zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących...*, s. 216–218 oraz cyt. tam literatura.

⁷³ Zob. art. 7 i 8 uokik.

⁷⁴ Zob. wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, w którym SN uznał, iż w zakresie przesłanki uzasadnienia dla kwestionowanego przez Prezesa UOKiK zachowania dominanta „ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się naruszenie art. 8 tej ustawy” (obecnie art. 9 uokik).

⁷⁵ Zob. wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, w którym SN wyraźnie inkorporował w ramy stosowania zakazu z art. 9 uokik przesłankę „braku uzasadnienia dla zakwestionowanego zachowania” dominanta; z wcześniejszych orzeczeń, zob. np. wyr. SN z dnia 14 listopada 2008 r., III SK 9/08, Lex nr 479321; wyr. SN z dnia 13 maja 2008 r., III SK 30/07.

⁷⁶ Zob. wyroki cyt. w przypisie wyżej.

ckim⁷⁷), albo wręcz przeciwnie, tj. jako argument przemawiający za utrzymaniem stanu jaki jest *de lege lata*⁷⁸.

5. Przeredagowanie art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik

Brzmienie **art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik** nie pozostawia wątpliwości, iż za normatywne przykłady ceny nieuczciwej ustawodawca uznał cenę „nadmiernie wygórowaną” oraz cenę „rażąco niską”. Jednocześnie każdy z przejawów danego rodzaju ceny nieuczciwej zamieszczony został w tym samym przepisie, który **jako warunek jego naruszenia przewiduje przesłankę „narzucenia” przez dominanta takiej ceny**. O ile w kontekście zapobiegania (lub zwalczania) nadużyć eksploatacyjnych (czyli w relacji wertykalnej – w stosunku do klientów/kontrahentów dominanta) konstrukcja tej przesłanki nie budzi zastrzeżeń⁷⁹, o tyle staje się ona problematyczna w odniesieniu do stosowania art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik jako podstawy do interwencji antymonopolowej w tzw. drapieżnictwo cenowe (*predatory pricing*). To zaś jest przejaw praktyki wykluczającej (tj. wywołującej bezpośrednie skutki w płaszczyźnie horyzontalnej – w stosunku do konkurentów dominanta).

Kierując się czysto gramatyczną interpretacją art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik, podzielić należy stanowisko Sądu Najwyższego, który wskazał, iż „narzucanie cen nieuczciwych może mieć miejsce jedynie w odniesieniu do kontrahentów, a więc partnerów handlowych przedsiębiorcy dominującego lub konsumentów”. Następnie sąd ów skonkludował, iż „nie można narzucić nieuczciwej ceny konkurentowi (nie będącemu jednocześnie nabywcą towarów dominanta), w ten sposób, że stosując określoną cenę zmusza się go do wprowadzenia innej ceny na własne towary, tak by móc sprostać konkurencji ze strony dominanta”⁸⁰. Oznacza to, że w przypadku gdy o nieuczciwości ceny przesądzać ma jej rażąco niski poziom, bardziej prawidłowe byłoby użycie innego niż „narzucanie” – neutralnego – sformułowania, jakim jest np. „stosowanie” takiej ceny. Jak się wydaje, termin ów można byłoby odnosić zarówno do relacji horyzontalnych (w kontekście cen nadmiernie wygórowanych lub innego rodzaju cen nieuczciwych), jak i wertykalnych (na potrzeby ewaluacji drapieżnictwa cenowego), względnie – w szczególności z uwagi na fakt wypracowania już w orzecznictwie kierunków interpretacji przesłanki „narzucania” – termin „stosowanie” mógłby poprzedzać tylko zwrot „cen rażąco niskich” (jakkolwiek w takim wypadku należałoby przemyśleć całość brzmienia art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik pod kątem jego stylistyki oraz językowej poprawności). Oczywiście także *de lege lata* Prezes UOKiK dysponuje podstawą prawną do interwencji w ceny nieuczciwe w postaci cen rażąco niskich⁸¹.

⁷⁷ Zob. §19 niemieckiej ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji, który to przepis, wymieniając przypadki zachowań unilateralnych stanowiących nadużywanie pozycji dominującej (*missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung*), wskazuje zarazem, iż jego naruszenie zachodzi jedynie gdy kwestionowane zachowanie dominanta podejmowane jest „bez rzeczowo uzasadnionego powodu” (*ohne sachlich gerechtfertigten Grund*), czy też zachowanie to nie jest „rzeczowo uzasadnione” (*sachlich gerechtfertigt ist*).

⁷⁸ Gdyż wymóg uwzględnienia tej przesłanki wynika z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, które sądy niższej instancji oraz Prezes UOKiK powinny respektować w swych wyrokach/decyzjach.

⁷⁹ Analogiczna przesłanka występuje w innej „szczególnej” podstawie prawnej ingerencji w praktyki eksploatacyjne dominanta, tj. w art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik.

⁸⁰ Wyr. SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9–10, poz. 144.

⁸¹ Taką podstawą może być w szczególności art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (który zazwyczaj był powoływany przez organ antymonopolowy w związku z drapieżnictwem cenowym dominanta). Przepis ów dotyczy praktyk wykluczających, zakazując dominantowi takich zachowań, w drodze których przeciwdziała on ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

6. Czy należy zrezygnować z przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści?

Jednym z przejawów nadużycia pozycji dominującej jest narzucanie przez dominanta uciążliwych warunków umownych przynoszących mu nieuzasadnione korzyści, o czym mowa w **art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik**. Z punktu widzenia aksjologiczno-funkcjonalnego pewne wątpliwości może budzić trzecia z przesłanek zawartych w tym przepisie, czyli wymóg uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści. O ile jednym z celów zakazu nadużyć eksploatacyjnych jest ochrona innych przedsiębiorców (kontrahentów, klientów) dominanta przed ich wyzyskiwaniem przez tego drugiego⁸², o tyle przecież stan ów niejako materializuje się już w momencie spełnienia dwóch pierwszych z przesłanek z art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik, czyli przesłanki „narzucenia” oraz przesłanki „uciążliwości” warunków umownych. Jednocześnie brzmienie tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż dla uznania, że dominant dopuścił się nadużycia pozycji dominującej konieczne jest łączne spełnienie wszystkich trzech zawartych w nim przesłanek, zatem także przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści.

W związku z powyższym, rozważyć można by usunięcie z art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści. Zasadności tej propozycji nie powinien podważać fakt, iż w większości przypadków skutkiem narzucenia przez dominanta warunków uciążliwych danej umowy (jej wykonywania) jest zarazem uzyskiwanie przez niego nieuzasadnionych korzyści (tj. takich, jakich nie osiągnąłby na rynku konkurencyjnym). Mogą bowiem występować przypadki, w których przesłanka uzyskania przez dominanta takich korzyści nie wystąpi (nie zostanie udowodniona przez Prezesa UOKiK), co podważać będzie zasadność postrzegania zachowania dominanta za przejaw nadużycia pozycji dominującej – w oparciu o art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik – mimo że doszło (a z pewnością mogło dojść) do eksploatacji/wyzysku innych przedsiębiorców (zazwyczaj klientów/kontrahentów dominanta). Co prawda w takim wypadku ingerencja w zachowanie dominanta mogłaby nastąpić także w oparciu o ogólną podstawę, tj. klauzulę generalną z art. 9 ust. 1 uokik, nie pozbawia to jednak merytorycznej zasadności proponowanej tu modyfikacji art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik.

Warto na koniec zauważyć, iż – być może właśnie z racji konieczności udowodnienia przez Prezesa UOKiK faktu uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści – w ostatnich latach organ ów coraz częściej powoływał się na art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik jako podstawę prawną ingerencji w eksploatacyjne praktyki dominanta. Przepis ten – analogicznie jak art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik – przewiduje przesłankę „narzucenia” (nieuczciwych cen lub innych warunków umownych), jednakże nie wymaga już warunku uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści. Możliwość „normatywnego omijania” przez Prezesa UOKiK wspomnianego warunku nie uzasadnia jednak utrzymywania w mocy przepisów, które wymagają korekty (a co najmniej wymagają jej rozważenia).

V. Zbiorowe interesy konsumentów

W odniesieniu do materialno-prawnych przepisów dotyczących zbiorowych interesów konsumentów, zasadne wydaje się **nieznaczne zmodyfikowanie definicji legalnej tej praktyki**. Zgodnie z art. 24 ust. 2 uokik przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Treść tego przepisu jednoznacznie wskazuje,

⁸² T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 438, 439; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 430.

iż odnosić się on ma do „działania” przedsiębiorcy, które – o ile spełnia pozostałe przesłanki z tego przepisu – staje się praktyką *ex lege* zakazaną⁸³. Literalna interpretacja tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż status praktyki antykonsumenckiej może mieć tylko takie zachowanie przedsiębiorcy, które polega na działaniu. Tymczasem w obrocie przedsiębiorcy często stosują praktyki, które naruszają/mogą naruszać interesy konsumentów, mając wszak postać zaniechania. Typowym przykładem jest choćby niedopełnienie przez przedsiębiorców ciążyących na nich obowiązków informacyjnych⁸⁴ (co także wprost wynika z przepisów uokik⁸⁵). Co prawda również tego rodzaju zachowania – słusznie – były jak dotychczas przedmiotem ingerencji Prezesa UOKiK (mimo że art. 24 ust. 2 uokik stanowi tylko o „działaniu”⁸⁶). Taka praktyka usankcjonowana została także przez orzecznictwo sądowe⁸⁷, które uwzględnia funkcjonalną wykładnię tego przepisu, jaka prezentowana jest w doktrynie⁸⁸.

Niezależnie od powyższego postulować należy literalne poszerzenie zakresu pojęciowego definicji praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów poprzez zastąpienie zwrotu „działanie” szerszym sformułowaniem, jak zwłaszcza „zachowanie” albo też zamieszczenie w treści art. 24 ust. 2 uokik również słowa „zaniechanie”⁸⁹. Prezentowana (prawidłowo) w doktrynie interpretacja art. 24 ust. 2 uokik ma postać wykładni nie tyle funkcjonalnej, ile wręcz korekcyjnej, gdyż w istocie zmieniającej znaczenie zwrotu, który został użyty w ustawie, co do którego znaczenia nie ma większych wątpliwości na gruncie języka zarówno prawniczego, jak i nieprawniczego⁹⁰. Uznawanie, że zwrot „działanie” obejmuje także zaniechanie jest – przynajmniej z czysto językowego punktu widzenia – interpretacją ewidentnie kolidującą z treścią tego przepisu.

VI. Kontrola koncentracji przedsiębiorców

Przepisy dotyczące kontroli koncentracji stanowią obszar, który został poddany dość istotnym modyfikacjom w drodze czerwcowej nowelizacji. Jakkolwiek także w tej dziedzinie zmiany dotyczyły przede wszystkim kwestii proceduralnych, a także związanych z zasadami kalkulacji obrotu. W obszarze materialnego prawa koncentracji – przez co rozumiem przede wszystkim przepisy określające co stanowi koncentrację⁹¹ oraz determinujące, kiedy operacja ta jest (lub nie jest) antykonkurencyjna⁹² – wspomniana nowela nie wprowadziła (w zasadzie⁹³) żadnych zmian.

⁸³ Zob. art. 24 ust. 1 uokik.

⁸⁴ Zob. np. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 400; D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 753.

⁸⁵ Ustawowym przykładem zachowania stanowiącego przejaw praktyki naruszającej zbiorowy interes konsumentów jest naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. W licznych przypadkach ten rodzaj praktyki materializować będzie się właśnie w powstrzymaniu się przez przedsiębiorcę od zaniechania (w tym przemilczenia) udzielania określonych informacji, które mogą być istotne dla konsumenta (w tym zwłaszcza na potrzeby podejmowania świadomej decyzji nabywczej).

⁸⁶ Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 stycznia 2007 r., nr DDK -5/2007; decyzję Prezesa UOKiK z dnia 29 września 2006 r nr RLU-28/2006.

⁸⁷ Zob. np. wyr. SOKiK z dnia 18 kwietnia 2011 r. XVII Ama 162/09 niepubl.; wyr. SOKiK z dnia 14 stycznia 2013 r. XVII Ama 85/11; niepubl.; cyt. za: D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 753.

⁸⁸ Zob. np. D. Miąsik, *Ustawa...*, s. 753; M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 578, która konstatuje, iż „za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów może zostać uznane nie tylko działanie, lecz także jego zaniechanie”; tak również A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 537.

⁸⁹ Wówczas art. 24 ust. 2 uokik stanowiłby, iż przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy.

⁹⁰ Zgodnie z definicją słownikową (zob. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, T. III, PWN, Warszawa 1981, s. 933) przez zaniechanie rozumie się „brak działania” zatem zachowanie, które stanowi zaprzeczenie „działania”; w tym kontekście (co najmniej) językowo niepoprawne jest przyjmowanie, iż działanie to także zaniechanie.

⁹¹ Art. 13 ust. 2 uokik.

⁹² Art. 18–20 uokik.

⁹³ Z wyjątkiem – w istocie proceduralnego rozwiązania – polegającego na możliwości utajnienia informacji dotyczących nałożenia na przedsiębiorcę wykonania warunków modyfikujących w decyzji zawierającej warunkową zgodę na koncentrację; zob. art. 19 ust. 4–6 uokik – które to ustępy dodano w drodze noweli.

Jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji z 2014 r. w doktrynie postulowano wprowadzenie kilku zmian dotyczących przepisów materialnego prawa koncentracji przedsiębiorców (przy czym także po wejściu w życie tej noweli zmiany te są nadal proponowane *de lege ferenda*). Po pierwsze, podnosi się potrzebę zmiany tytułu działu ustawy dotyczącego koncentracji na „Nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców”⁹⁴. Po drugie, negatywnie ocenia się brak definicji legalnej koncentracji na gruncie polskiej ustawy⁹⁵ (co przynajmniej sugeruje postulat wprowadzenia takiej definicji do przepisów krajowych, jak to ma choćby miejsce w przepisach unijnych). Po trzecie wreszcie, wprost proponuje się konieczność zawężenia zakresu przedmiotowego koncentracji mającej postać joint venture, postulując *de lege ferenda*, aby „obowiązek zgłoszenia utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dotyczył tylko utworzenia wspólnego przedsiębiorcy o charakterze koncentracyjnym w pełny zakresie funkcji (...)”⁹⁶.

VII. Uwagi końcowe

Większość postulatów *de lege ferenda*, jakie zawarto w niniejszym opracowaniu, nie jest daleko idąca (systemowa), stanowiąc zazwyczaj propozycję modyfikacji (przeredagowania, skrócenia lub uzupełnienia) treści już istniejących unormowań. Bynajmniej nie oznacza to braku merytorycznego charakteru zmian, jakie poddano tu do dyskusji. Pewien wyjątek stanowią rozwiązania zmierzające do zmniejszenia restrykcji antymonopolowego reżimu dotyczącego minimalnych (sztywnych) cen odsprzedaży w relacjach wertykalnych, w odniesieniu do których proponuje się całkiem nowe (w porównaniu do stanu aktualnego) unormowania. Ramy niniejszej publikacji nie oznaczają zarazem braku istnienia, a w szczególności pojawienia się z biegiem czasu potrzeby dokonania bardziej „rewolucyjnych” zmian (w tym ustanowienia nowych instytucji) także w obszarze materialnego prawa konkurencji.

⁹⁴ T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 578 oraz cyt. tam literatura.

⁹⁵ Zdaniem T. Skoczego „niestety, tak jak OKiKU 2000, tak i OKiKU nie zawiera – ani w komentowanym rozdziale, ani w słowniczku ustawowym (art. 4) – legalnej definicji «koncentracji»”; T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 580.

⁹⁶ T. Skoczny, W. Podlasin [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 615.